

**DERECHOS ADQUIRIDOS POR LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO POR VIA
JURISPRUDENCIAL**

ROCIO ESTHER HENRIQUEZ ELIAS



UNIVERSIDAD DE LA COSTA (CUC)

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2017

**DERECHOS ADQUIRIDOS POR LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO POR VIA
JURISPRUDENCIAL**

ROCIO ESTHER HENRIQUEZ ELIAS

ASESOR

OMAR SANDOVAL FERNANDEZ

UNIVERSIDAD DE LA COSTA (CUC)

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2017

Resumen

En los últimos años, Colombia ha experimentado grandes cambios en la estructura de su legislación en cuanto al tema de los derechos de los cuales son acreedores las parejas del mismo sexo. Con una ardua e incansable batalla por parte de la comunidad LGBTI, fundamentando todas sus demandas en el derecho a la igualdad y la No discriminación en razón de la identidad sexual, la integridad humana y el libre desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales que están consagrados en nuestra carta política de 1991; y mediante la razonabilidad concreta y objetiva por parte de la corte constitucional, la comunidad LGBTI hoy en día ha materializado su deseo de vivir en igualdad de derechos con respecto a la comunidad heterosexual, lo cual no había sido posible por Colombia ser un país de cultura conservadora que no permitía la inclusión social de esta comunidad y por medio de la jurisprudencia esta comunidad obtuvo sus derechos.

Palabras clave: Comunidad LGBTI. Derecho a la igualdad, Libre desarrollo de la personalidad, Integridad Humana, Discriminación, Jurisprudencia.

Abstract

In recent years, Colombia has undergone major changes in the structure of its legislation on the issue of the rights of same-sex couples. With an arduous and untiring struggle on the part of the LGBTI community, grounding all their demands on the right to equality and Non-discrimination on grounds of sexual identity, human integrity and free development of personality, fundamental rights that are enshrined In our 1991 political letter; And through the concrete and objective reasonableness of the constitutional court, the LGBTI community today has materialized its desire to live in equal rights with respect to the heterosexual community, which had not been possible because Colombia was a country of culture Conservative that did not allow the social inclusion of this community and through the jurisprudence this community obtained its rights.

Keywords: LGBTI Community. Right to equality, free personality development, Human integrity, Discrimination, Jurisprudence.

Contenido

1.	Introducción	3
2.	Planteamiento del problema	5
3.	Justificación	6
4.	Objetivos	7
4.1	Objetivo General	7
4.2	Objetivos Específicos.....	7
5.	Referentes teóricos	8
5.2	Marco histórico	9
5.3	Estado del arte	15
5.4	Marco teórico.....	26
5.4.1	Matrimonio	27
5.4.2	Adopción	28
5.5	Marco legal	36
6.	Conclusiones	64
7.	Cronograma	74
8.	Presupuestos.....	75
9.	Referencias.....	76

1. Introducción

Se hace necesario estudiar las sentencias, a través de las cuales han adquirido sus derechos las parejas del mismo sexo. Haciendo énfasis que nuestra carta política protectora y proclamadora de la dignidad humana y del estado social de derecho, es el fundamento a través de la cual se ha llegado a la conquista de la protección de los derechos de la comunidad LGBTI, teniendo en cuenta que al dejarlos por fuera del ordenamiento jurídico y sin posibilidades de validar sus derechos como otro tipo de pareja si lo pudieren hacer se refleja la violación flagrante de sus derechos generándose una discriminación determinada por el tipo de identidad sexual; error en el cual incurrió el legislador al dejarlos por fuera al promulgar la ley 54/90 norma reconocedora de los derechos de las uniones maritales de hecho heterosexuales y excluidoras tajantemente de las parejas del mismo sexo.

En este estudio acerca de las jurisprudencias colombianas que han reconocido derechos a las parejas del mismo sexo, es preciso mencionar cuales fueron los derechos vulnerados que dieron luz a la posibilidad de poder hacer uso del ordenamiento jurídico colombiano en pro de la protección de las garantías de las cuales son merecedoras las parejas del mismo sexo, como parejas reconocidas ante la ley y la sociedad sin discriminación alguna por objeto de su identidad sexual.

¿En este caso en concreto cuales serían los derechos vulnerados a las parejas del mismo sexo?

1. La dignidad humana contemplada en los artículos 1 y 2 de nuestra carta magna.

Artículo 1°. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Artículo 2°. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

2. Derecho a la igualdad regulada por la constitución política de Colombia en su artículo 13.

Artículo 13. “todas las personas nacen libres e iguales ante ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacionalidad o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad; el cual está referenciado en nuestra carta política en el artículo 16 “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

4. El derecho a la libre asociación el cual se haya consignado en el artículo 38 de nuestra constitución nacional “se garantiza el derecho de la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

Cabe resaltar que los derechos de orden constitucional son de jerarquía superior a las leyes reguladoras de derechos en este caso la ley 54/90 y la 979/2005, por ello la interpretación que de éstas realice la Honorable Corte Constitucional se constituyen en precedente jurisprudencial en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, Sentencia hito C-075/2007.

2. Planteamiento del problema

En nuestra carta política de 1991, encontramos principios fundamentales que son inherentes al ser humano y que se aplican a todos los colombianos sin distinción de clases, orientación sexual, diversidad étnica o religión y que tienen como referente principal la dignidad humana; con la promulgación de la ley 54 de 1990 se reconoció la existencia de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial para las uniones formadas por parejas heterosexuales, pero el reconocimiento de los demás derechos civiles de los integrantes de estas uniones no ha sido factible a través de la normatividad colombiana encontrándonos ante un vacío legislativo que contrasta con lo expresado en nuestra constitución. El reconocimiento de los derechos a estas uniones maritales lo ha sido luego de varias demandas presentadas ante la Honorable Corte Constitucional quedando pendiente que el legislador profiera normas que otorguen y protejan los derechos civiles de estas parejas, la situación entonces es más gravosa para las parejas del mismo sexo que como se dijo ni siquiera fueron tenidas en cuenta en la ley 54/90.

De lo anteriormente expuesto nos encontramos con la siguiente pregunta problema: ¿Por qué los derechos adquiridos por la pareja del mismo sexo lo son por vía jurisprudencial?

3. Justificación

Debido a que en la actualidad los medios de comunicación le han dado gran relevancia al tema de los derechos que se les debía reconocer a las parejas del mismo sexo, como también a las diferentes conquistas que estas parejas han obtenido a través de demandas a ciertas normas, las cuales le impedían el reconocimiento de sus derechos, se hace necesario estudiar, investigar y profundizar acerca de esos derechos adquiridos y las repercusiones que estas sentencias tienen sobre el derecho colombiano en general y de familia en particular.

Al analizar las sentencias en comento en orden cronológico, se puede advertir que no ha sido fácil la consecución y reconocimiento de derechos que constitucionalmente le son inherentes a este grupo de personas, por ello la imperiosa necesidad de una legislación civil colombiana que cree normas que regulen los derechos de las parejas del mismo sexo.

4. Objetivos

4.1 Objetivo General

Analizar por qué las parejas del mismo sexo adquieren sus derechos por vía jurisprudencial.

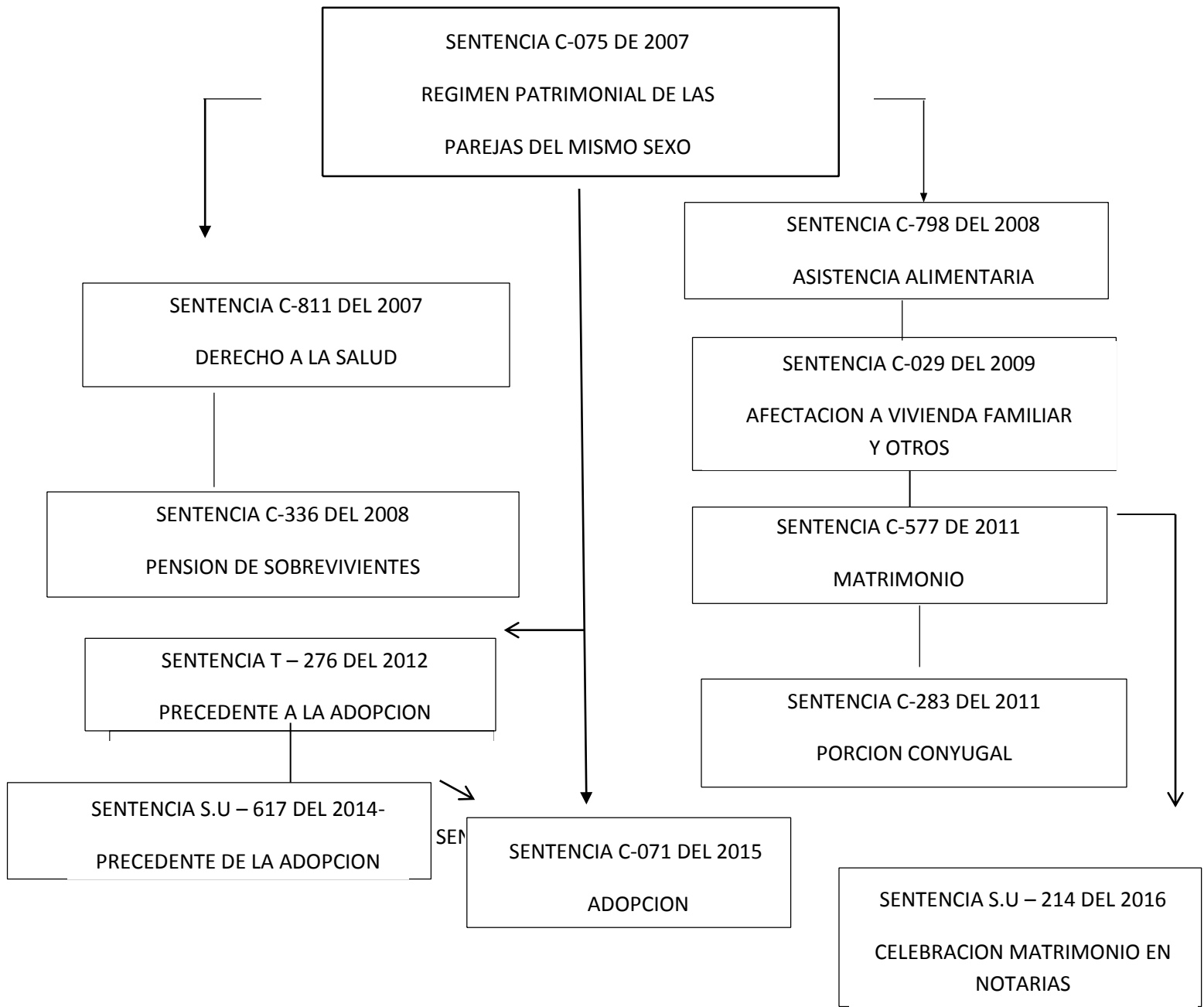
4.2 Objetivos Específicos

1. Enumerar las sentencias en orden cronológico con las cuales se otorgaron los derechos a las parejas del mismo sexo.
2. Identificar los principios constitucionales violados, sobre los cuales se sustentaron las diferentes demandas que lograron el reconocimiento de dichos derechos.
3. Determinar la necesidad de la creación de una ley que regule los derechos de las parejas del mismo sexo.

5. Referentes teóricos

5.1 Marco conceptual

Derechos adquiridos por las parejas del mismo sexo por vía jurisprudencial



5.2 Marco histórico

Los derechos adquiridos por las parejas del mismo sexo, obedecen a una lucha jurídica y social de varias décadas, en esta monografía de grado se hace un breve recuento de los objetivos alcanzados por estas parejas. Empezando por los avances internacionales, trabajo largo duro y sobretodo pesado porque fue muy difícil que la comunidad LGBTI alcanzara el reconocimiento de sus derechos.

Nuestra sociedad en razón de los principios morales y religiosos, no permitía que las personas integrantes de la comunidad LGBTI, tuvieran libertades y garantías, hoy en día la escena del mundo ha cambiado. Aduciendo el derecho de igualdad y ante el eventual error de la discriminación por razones de orientación sexual se les protege los derechos a dicha comunidad por ello Álvarez, Moreno, Saker y Sandoval (2017, p. 28) al referirse a las forma de alcanzar un equilibrio social plantean que se debe,” accionar la protección y el restablecimiento de los derechos vulnerados de los asociados y conseguir una convivencia ciudadana en paz, en el respeto de los derechos humanos, individuales y colectivos”.

Históricamente los hechos relevantes, de acuerdo a De Monserrat Pérez, 2001, la carta de las naciones unidas, suscrita en 1945 con base en la cual (artículos 62 y 68), el consejo económico y social creo en 1946 la comisión de derechos humanos de todos y cada uno de los hombres del mundo.

Declaración de los derechos humanos que fue adoptada el 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer documento sobre derechos humanos redactado por la comisión ya citada, en la cual se establecieron diversas medidas de protección. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, que estableció que todos los hombres nacen libres, iguales en dignidad y derechos por lo que deben comportarse fraternalmente unos con otros, con el fin de alcanzar el

desarrollo humano y una calidad de vida que le permita progresar y alcanzar la felicidad. La convención europea sobre derechos humanos de 1950, documento en materia de defensa y protección de los derechos humanos.

Dos pactos: el internacional de derechos económicos sociales y culturales de 1966 y el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 que tienen como origen y base fundamental la declaración universal de los derechos humanos. El pronunciamiento de la OMS (organización mundial de la salud), acerca de la discriminación que se les ha hecho a los homosexuales. Desde entonces la Organización Mundial de la Salud, ha sostenido que el (VIH-SIDA), no es una enfermedad exclusiva de los homosexuales y que los patrones de discriminación contra homosexuales, mujeres y minorías raciales constituyeron un serio problema para implementación y práctica de programas efectivos de prevención del VIH-SIDA.

El alto comisionado para los refugiados ha interpretado la frase “grupo social” contenida en los artículos 2 y 16 del pacto internacional de derechos civiles y políticos en el sentido de incluir en ella a lesbianas y homosexuales. Esta interpretación ha sido aceptada en resoluciones emitidas por muchos estados, pertenecientes a las naciones unidas entre ellas Australia, Canadá, y Estados Unidos.

También las ONGS-Organizaciones No Gubernamentales han jugado un papel importante en el logro de obtención de derechos por parte de los homosexuales. La Asociación Internacional de Lesbianas y Homosexuales (ILGA) fueron creadas en 1993 y 1994 ante el comité de derechos humanos. Durante la última sesión, celebrada en marzo de 1999, el comité declaró de forma general que los derechos a la privacidad y a la igualdad de

los homosexuales y lesbianas estaban protegidas por el pacto internacional de derechos civiles y políticos.

La primera victoria para el reconocimiento de los derechos humanos de los homosexuales y lesbianas fue en 1981 cuando la corte europea de derechos humanos emitió su resolución en el caso DUDGEON versus el REINO UNIDO. El Reino Unido despenalizó las actividades homosexuales en 1967 en Inglaterra y Gales.

En Colombia la organización defensora de los derechos de los homosexuales es, Colombia diversa órgano al que hace parte la comunidad Gay, que hoy en día se designa comunidad LGBTI, cuyas siglas denominan conjuntamente a lesbianas, los gays, los bisexuales, las personas transgénero e intersexuales, es una prolongación de las siglas LGB que a su vez había reemplazado a la comunidad gay, porque muchos homosexuales bisexuales y transexuales sentían que no les representaba adecuadamente. Se alargó como LGBTI para incluir a los intersexuales y los pan sexuales, pues estos quisieron la inclusión con la LGBTI, esta es una organización internacional cuya función es la protección de los derechos de los que pertenecen a dicha comunidad, son como una familia. Unidos para evitar la discriminación en razón de la orientación sexual.

La primera sentencia en Colombia en la cual se pide el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo fue la 098 del 07 de marzo de 1996 en la cual se pidió que se le reconociera a las parejas del mismo sexo los derechos patrimoniales, que en su momento se les había concedido a las uniones maritales de hecho de parejas heterosexuales, mediante la ley 54 de 1990, pues aducían que se les vulneraba el derecho a la igualdad como también el derecho de constituir una familia y el derecho a la libre opción sexual.

Pasaron años para que la corte reconsiderara el tema hasta el año 1999, cuando se hicieron una serie de reclamaciones. En julio de 1999 en sentencia C-507 del 14 julio de 1999, la corte constitucional les permitió a los homosexuales, hacer parte de las fuerzas militares, advirtiéndoles que pueden revelar su condición sexual, pero que están sometidos a las mismas normas de conductas que los heterosexuales.

En sentencia T-435 del 30 de mayo del 2002, declaro que los colegios no pueden establecer normas en los manuales de convivencia que sancionen la homosexualidad y el lesbianismo.

En sentencia T-808 del 18 de septiembre del 2003, la corte ordeno el reintegro del líder Edgar Eduardo Robles Fonegra a la asociación de scouts de Colombia, por cuanto las instituciones privadas tienen el deber de no discriminar a las personas por ningún motivo.

En sentencia T-1096 del 04 de noviembre de 2004, la corte Constitucional protegió los derechos de un hombre recluso en establecimiento carcelario.

En sentencia T- 848 del 16 de agosto del 2005, en la cual la corte llamo la atención a los directores de los centros carcelarios para que protegieran la libertad sexual de los miembros de la comunidad carcelaria.

La victoria más importante para la comunidad LGBTI en Colombia, fue la obtenida a través de la sentencia C-075 del 07 de febrero del 2007, sentencia mediante la cual obtienen la protección de los derechos patrimoniales las parejas del mismo sexo aquí había terminado la primera de las grandes batallas iniciada por la comunidad LGBTI; con la eventual victoria por fin el estado les estaba protegiendo sus derechos, al menos como unión marital de hecho o sociedad patrimonial. Sentencia en la cual se invocaron los derechos a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad los cuales se verían violentados al ser excluidos del régimen de protección patrimonial, ley 54 de 1990.

Luego de la sentencia antes mencionada y con fundamento en ella, a las parejas del mismo sexo a través de otras sentencias se les han reconocido otros derechos.

En sentencia C-811 del 03 de octubre del 2007, y la sentencia C-336 del 16 de abril del 2008, a las parejas del mismo sexo se le reconocieron derechos de afiliación en salud y pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

La sentencia C-798 del 20 de agosto del 2008, en la cual se determinó la protección a las parejas del mismo sexo en relación a la obligación alimentaria. Queda establecida la igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo, en tres ámbitos de regulación: patrimonial seguridad social y obligaciones alimentarias.

En sentencia T-856 del 12 de octubre de 2007, en la que el tuteante pedía que se le permitiera la afiliación como beneficiario al compañero permanente de pareja del mismo sexo, no se ha logrado saber el nombre del tutelante, pues la corte constitucional protege el derecho a la intimidad, el cual fue invocado por el tutelante. En esta sentencia se resolvió que la pretensión objeto de esta tutela prosperara. Obteniendo como resultado la protección del derecho invocado.

En sentencia T-1241 del 11 de diciembre del 2008 en la que el tutelante pide pensión de sobrevivientes, en parejas del mismo sexo, ya que este dependía económicamente de su pareja fallecida teniendo en cuenta la sentencia C- 336 del 2008, la cual permite el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Sentencia C-577 del 26 de julio del 2011, en esta sentencia la corte aduce que no está facultada para la creación de una ley, y que por lo tanto en pro de la protección del derecho fundamental que contempla nuestra carta política (artículo 44) que es el derecho a la familia las parejas del mismo sexo pueden constituir una familia que es considerada como el núcleo de nuestra

sociedad y que pueden unirse en un contrato formal, el vacío legal por cuenta de la falta de voluntad del congreso para legislar. En la parte resolutive de esta sentencia la corte le da al congreso un plazo de dos años para regular el tema.

Sentencia C-283 del 13 abril del 2011 y C-238 del 22 de marzo de 2012, mediante esta sentencia, las parejas del mismo sexo obtienen la facultad de hacer exigibles la porción conyugal y los derechos herenciales, que existieren y que sean probados en el momento oportuno.

Sentencia C-071 del 18 de febrero del 2015, a través de la cual se permite la adopción a las parejas del mismo sexo, siempre que el niño sea hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Sentencia en la cual se demandaron los artículos 64,66 y 68 del código de la infancia y la adolescencia, para que se diera vía libre a la adopción paritaria por parte de las parejas del mismo sexo, basándose en su derecho de la igualdad (artículo 13) de la constitución política colombiana, de los niños a tener una familia y a no ser separados de esta (artículo 44 CP) y sobre todo, que los fundamentos de la corte se tienen en cuenta el principio general de la prevalencia del interés superior del niño.

5.3 Estado del arte

De conformidad con el diario El País 2016, estos son los países y años desde cuando está permitido el matrimonio de las parejas del mismo sexo,

Holanda	2001
Bélgica	2003
España	2005
Canadá	2005
Republica de Sudáfrica	2006
Noruega	2009
Suecia	2009
Portugal	2010
Islandia	2010
Argentina	2010
México	2010
Brasil	2011
Dinamarca	2012
Uruguay	2013
Inglaterra, Gales	2013
Nueva Zelanda	2013
Uruguay	2013
Escocia, Reino Unido	2014
Lexemburgo	2014
Estados unidos	2015
Finlandia	2015
Irlanda	2015
Colombia	2015

En armonía con Carvajal (2013), Colombia, como Estado Constitucional, es el principal responsable de garantizar los derechos y libertades fundamentales, responde al deber de promoción de la igualdad desarrollando el concepto de discriminación a la inversa, a fin de allanar diferencias o prácticas discriminatorias que se hayan causado, diseñando políticas públicas para ofrecer oportunidades que privilegien a minorías sexuales, a la mujer, afro descendientes, tercera edad y discapacitados. Cabe destacar que la Corte Constitucional haciendo uso de sus facultades ha redimensionado el derecho a la igualdad a través de la revisión de sentencias en temas de orientación sexual, por tanto, se ha logrado abrir un escenario de interpretación constitucional que reviste de formalidad el debate de reconocimiento de derechos a las personas LGBTI y a su vez promete innumerables garantías que en un pasado resultarían inimaginables (Voces Excluidas, 2006). No obstante, aunque se perciba un mínimo de condiciones dadas para conquistar derechos que ostenta la comunidad heterosexual, es preciso mantener un polo a tierra, en razón de las posiciones férreas expuestas por la procuraduría, senadores, representantes y un grupo significativo de la sociedad que fundamentados en diversos factores han soslayado el proceso de aceptación de un individuo o grupo por presunta o real identidad sexual.

Según Bonilla (2008), hasta la sentencia C-075 de 2007, el Tribunal no había reconocido a los miembros de las parejas del mismo sexo como sujetos de derecho, aunque había protegido los derechos de personas con orientaciones sexuales no tradicionales en su condición de individuos. Entre 1991 y 2007, la Corte señaló que las instituciones de formación de la fuerza pública no pueden expulsar a sus miembros por el solo hecho de que éstos sean homosexuales, que los colegios públicos y privados no pueden expulsar a los estudiantes homosexuales porque consideren que su orientación sexual es inmoral y que la homosexualidad no es una falta al honor militar o a los deberes que tienen los docentes de los colegios públicos.

Con la expedición de la sentencia C-075 de 2007, la Corte reconoce que el ámbito de discrecionalidad que tiene el legislador para regular las prácticas sociales no es ilimitado en materias relacionadas con la orientación sexual. El argumento central que había servido para declarar la constitucionalidad de las normas que regulaban cuestiones relacionadas con las parejas heterosexuales, pero omitían cualquier referencia a las parejas del mismo sexo, acepta ahora la Corte, no tiene fundamento cuando están en juego principios constitucionales estructurales, como la dignidad humana, y derechos fundamentales de los ciudadanos como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

El legislador no puede dejar de regular cuestiones relacionadas con las parejas del mismo sexo cuando crea normas que regulan las parejas heterosexuales dado que, en principio, por lo menos en cuestiones patrimoniales no hay diferencia entre una y otra forma de asociación. De este modo, la libertad del legislador tiene fronteras negativas y positivas. El legislador no debe, en principio, regular cuestiones relacionadas con la orientación sexual de los ciudadanos. No obstante, cuando tenga la potestad, debe hacerlo de manera coherente con la protección de los derechos y principios básicos de un Estado Social de Derecho y no puede dejar de incluir los casos análogos a los que pretende regular en primera instancia. Ahora bien, es importante recordar que los cambios articulados por la Corte Constitucional son formales, esto es, meras transformaciones en el ordenamiento jurídico. El avance en el reconocimiento de la dignidad de los seres humanos es un avance jurídico que apenas acerca a la comunidad política colombiana a los ideales de la revolución francesa. En materia de orientación sexual estamos hasta ahora aproximándonos al siglo XVIII. La discriminación social y la violencia en contra de la comunidad LGBT sigue siendo un hecho evidente en Colombia.

No obstante, este reconocimiento jurídico tiene valor simbólico y material. Por un lado, la comunidad política por primera vez reconoce las estrechas conexiones que existen entre la igualdad dignidad de todos sus ciudadanos y su orientación sexual. El discurso político-jurídico cambió con este conjunto de sentencias y, consecuentemente, las reglas del juego dentro de la polis se transformaron. De este modo, la imaginación jurídico-política se amplía y se reduce a la vez. El conjunto de titulares de la ciudadanía plena incluyen ahora a los miembros de la comunidad LGBTI y no es posible ya excluir de la polis a las personas que no se reconocen como heterosexuales. Además, no hay que perder de vista el poder que tiene el derecho para cambiar los imaginarios sociales. El derecho, con la carga emotiva positiva con la que generalmente se le asocia y el aparato coercitivo que tiene a su servicio, está ahora del mismo lado de la diversidad sexual. A largo plazo, este hecho, adecuadamente utilizado, puede contribuir a cambiar las prácticas sociales que discriminan a las minorías sexuales.

Por el otro lado, esta transformación jurídica confirió a los ciudadanos herramientas poderosas para oponerse a las acciones estatales y del sector privado que violan el derecho que tienen los colombianos a vivir de acuerdo con su orientación sexual. Los miembros de las parejas del mismo sexo tienen hoy a su servicio los instrumentos que el sistema jurídico le otorga a las personas para defender sus derechos fundamentales, en particular, la acción de tutela, las acciones civiles que permiten compensar los daños causados a las víctimas y las acciones penales (que permiten sancionar a quienes se nieguen a cumplir con los mandatos constitucionales). Además, este conjunto de sentencias evidencian el cambio que se ha dado en la última década en la manera como la sociedad colombiana percibe a las minorías sexuales.

La Corte Constitucional es una institución compuesta por nueve magistrados, muchos de los cuales defienden posiciones conservadoras en materias sociales –perspectivas que la mayoría de las veces están influenciadas por la doctrina de la Iglesia Católica. Es dicente, por consiguiente, que este conjunto de sentencias haya sido aprobado por consenso o por amplias mayorías dentro del Tribunal Constitucional. La sentencia hito, aquella que abrió la línea jurisprudencial, fue aprobada por ocho magistrados. La única disidencia, que se concretó en el salvamento de voto del magistrado Araujo, se generó porque la sentencia no había ido lo suficientemente lejos en la protección de los derechos de los miembros de las parejas del mismo sexo. En la práctica, entonces, hubo un consenso dentro de la Corte en torno a la idea de que la Constitución de 1991 exige que se reconozca a las parejas del mismo sexo.

De igual forma, el hecho de que buena parte de la comunidad política apoyó o no se opuso a los fallos promulgados por la Corte Constitucional, evidencia que el país ha dado algunos pasos hacia el reconocimiento de la diversidad sexual. Este hecho se hizo explícito en el amplio y positivo cubrimiento que tuvieron los casos en los medios de comunicación, y en el hecho de que buena parte de la jerarquía católica aceptó estas transformaciones jurídicas en tanto tenían que ver con cuestiones civiles, particularmente asuntos patrimoniales, relacionadas con la vida en pareja. Estos temas, argumentaron muchos de los jerarcas católicos, son de competencia del Estado, no de la Iglesia. La narrativa con la que se describen a las minorías sexuales, por tanto, ha venido cambiando en Colombia. De un discurso centrado en el pecado o en la enfermedad se van dando pasos importantes hacia uno centrado en el reconocimiento a la diferencia sexual. Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional contribuye a reflexionar en torno al reconocimiento de la diferencia sexual de una manera novedosa cuando hace uso del principio de dignidad humana. Cuando el Tribunal apela a este principio para justificar sus decisiones, ofrece algunas herramientas

conceptuales que permiten comprender y evaluar de manera rica, compleja y fresca los problemas que genera para una democracia liberal el no reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo.

Sin embargo, en tanto que la Corte también se apoya en los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad para fundamentar sus fallos, su argumentación genera algunas importantes tensiones teóricas.

Al decir de Lemaitre (2009), el discurso de los derechos tiene sentido a veces sólo como la negación de la violencia, función que cumple a veces de manera expresa, otras de forma más velada. Los derechos no niegan que la violencia exista, sino que niegan sus efectos interpretativos, los significados sociales que construyen. Así, mientras la violencia afirma que los y las homosexuales merecen castigo público y privado por serlo, los derechos niegan que eso sea cierto. Y mientras la vida cotidiana acepta la suerte de las víctimas de la limpieza social, especialmente cuando son travestis u homosexuales, el discurso de los derechos reclama la humanidad de cada muerto, su dignidad materializada en pequeños logros como el seguro, las pensiones, el trabajo. Este referente a la violencia, si bien está presente en otros movimientos sociales que recurren al derecho, según Lemaitre (2009), es particularmente evidente cuando se trata de los derechos LGBTI. Detrás de las historias cruentas que llegan a la comisión están miles de historias menores, inclasificables para el derecho, de la negativa agresiva y persistente a reconocer su humanidad plena. Los informes de derechos humanos, sin embargo, no dan cuenta de los episodios de discriminación cotidiana que seguramente formaron a los activistas que los escriben —las miradas, las risitas, la pérdida de empleos y de trabajo, la preocupación y presión por parte de familiares y amigos, su rechazo, la necesidad de disimular y de esconder las emociones. Tampoco da cuenta de la forma como deben aprender a vivir con la corriente viciosa del odio que permea gestos al parecer

inocentes, comentarios que se pretenden ligeros, y grafitis que se borran con el tiempo. Se trata de actos sutiles como los encontrados en una encuesta de estudiantes de secundaria en Bogotá: seis de diez admitieron haberse burlado de niños y niñas percibidos como homosexuales, tres de diez admitieron haberlos insultado, 37,9% dijeron que le tenían miedo a los homosexuales y 17,6% dijeron que les tenían asco.

La cotidianeidad violenta, la que no alcanza a configurar violaciones de derechos humanos, o por lo menos no el tipo de violaciones que se denuncian ante la Comisión, no dejan de ser abrumadoras. El informe de 2006-2007 de Colombia Diversa (2007) documenta el acoso por parte de policías y ciudadanos a las expresiones públicas de afecto de las parejas del mismo sexo, detenciones arbitrarias por este motivo, discriminación en el trabajo y en la escuela.

Pero los datos más reveladores surgen de la encuesta hecha en el 2007 por CLAM, Profamilia y la Universidad Nacional (2008) a los participantes en la marcha de orgullo gay. Estos revelaron que el 77% ha sufrido alguna forma de discriminación y el 67,7% alguna forma de agresión. Ambas están imbricadas en todos los espacios del día a día: el (49,3%) de los que reportan ser discriminados lo fueron en las escuelas y universidades, por profesores y compañeros, el (43,8%) en la calle, por policías, el (42,8%) en sus casas, por vecinos y el 34,1% por sus familias. Y si bien la agresión más común es la verbal (87,9%) seguida por las amenazas (36,2%), no deja de sorprender lo frecuente de la agresión física: del 67,7% que ha sufrido alguna forma de agresión, en el 31,6% de los casos fue física.

El que los hechos reportados en la audiencia ante la Comisión sean más crueles que esta cotidianeidad es cuestión de grado, mas no de intención, tan sólo muestra de manera más descarnada lo duro que es ser LGBT en una sociedad profundamente homofóbica. Las personas homosexuales viven bajo la amenaza de la violencia en todos los espacios sociales en los que

habitan, y de la violencia provocada por su orientación sexual, por su identidad. En la intimidad, muchos crecen en sus familias en medio del rechazo y las recriminaciones que fácilmente pasan a los insultos y golpes. En el espacio público están sujetos a un control social permanente que reacciona de manera agresiva ante cualquier manifestación pública de sexualidad o afecto. El control parece ser aún más aterrador en las zonas rurales y cuando hay dominio territorial de los ejércitos ilegales.

Pero hasta en Bogotá un abrazo, un tomarse de manos o un beso provocan la intervención de vigilantes privados, de la policía, e incluso de simples transeúntes que proceden a agredir verbal y físicamente, a evacuar, y en el caso de la policía, a detener a las parejas. Los lugares de comercio donde se pueden encontrar son allanados con frecuencia y agresividad por la policía. En las cárceles son objeto inmediato de todo tipo de agresiones sexuales y de intimidaciones si se conoce su identidad. Y tienen una vulnerabilidad especial ante muchos tipos de crimen violento, desde los homicidios seriados en residencias privadas, los homicidios seriados en el espacio público tipo limpieza social, la extorsión por parte de chantajistas que amenazan con revelar la identidad de los que mantienen sus preferencias ocultas, y los abusos de diversas autoridades, especialmente de la policía, en todos los procesos de detención y control.

Y se presume, al ver las evidencias, incluso para los que nunca han sufrido directamente estas violencias, que el hecho de saber que son potencialmente víctimas de violencias específicas a su identidad sexual debe generar persistentes niveles de estrés y angustia, y llevar al ocultamiento por lo menos de las manifestaciones más públicas de afecto y de sexualidad que sí están permitidas a los heterosexuales. Gómez (2006; 2008) explica esta violencia a partir de la distinción entre la discriminación y la exclusión. La violencia discriminatoria se ejerce contra las personas que se consideran parte de la sociedad pero en un lugar subordinado; el fin de esta violencia, tanto

instrumental como simbólica, es mantener la subordinación. En cambio, la violencia por exclusión pretende expulsar del cuerpo social ciertos elementos que no pueden ser parte de esta. Este tipo de violencia además se exagera cuando se trata, como en el caso de la orientación sexual, de una característica que es relativamente invisible y percibida como mutable: en ese caso el castigo es tanto una forma de expulsión del cuerpo distinto como una forma de visibilizar y al mismo tiempo erradicar la diferencia en ese mismo cuerpo (como la idea de que la violación sexual elimina el deseo lésbico).

Sin duda en muchas ocasiones el derecho ha sido cómplice de estas violencias, excluyendo explícita o implícitamente a las personas LGBTI (por ejemplo los derechos sólo para parejas heterosexuales) o visibilizándolas de maneras que las excluyen de la sociedad (por ejemplo con tipos penales especiales). Sin embargo también es cierto que el derecho liberal en su versión más contemporánea, como la desarrollada en muchas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, ha insistido en cambio en la normalidad de la opción homosexual, es decir en su inclusión

En armonía con Ceballos, Ríos, Ordoñez (2012), los cuales citaron a la autora Bárbara Zapata, la cual hace mención de lo siguiente en su artículo “Homoparentalidad en Colombia: trazas iniciales de una investigación en curso”, “cualquier intento de definir las familias está lleno de implicaciones políticas e ideologizaciones” y el análisis realizado evidencia cómo lo cultural y lo jurídico van de la mano en la regulación de los problemas sociales, si tenemos en cuenta que la reiterada negación de incluir en el concepto de familia a las parejas del mismo sexo estaba fundamentada, más que en principios constitucionales, en juicios morales, como lo manifestaron en diversas ocasiones los magistrados que salvaron su voto, cuando consideraron que la decisión, muy por el contrario de ser constitucional, iba en contra de los principios de la Carta.

Por esta razón, los cambios en el ordenamiento jurídico de muchos países del mundo que han permitido que las parejas del mismo sexo constituyan familia, con toda la carga de derechos y deberes que implica, no se han producido de manera espontánea, sino que han sido el fruto del reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo proceso de evolución histórica, de pequeñas pero significativas revoluciones sociales, de transformación de valores culturales y de voluntad política, generada por un cambio de mentalidad que busca la inclusión social en el pleno disfrute de los derechos civiles por parte de todas las personas.

En Colombia, el cambio paradigmático hacia un concepto de familia pluralista no ha sido el producto de la voluntad política del legislador, sino del trabajo de algunos magistrados de la Corte Constitucional, quienes, durante más de una década, procuraron que el reconocimiento de derechos a las personas con opción sexual diversa fuera también la oportunidad para abrir la discusión sobre la necesidad de interpretar el concepto de familia con una mentalidad más abierta y acorde con los principios constitucionales de igualdad, pluralismo, solidaridad, diversidad, etc. El análisis jurisprudencial realizado es evidencia de la capacidad del ordenamiento jurídico de mantenerse vivo, al permitir que con el paso del tiempo se realicen adecuaciones acordes a los cambios sociales y a las exigencias de la sociedad.

No obstante, se infiere que es el momento para que el Congreso de la República, como órgano por excelencia de representación popular, empiece a legislar bajo criterios de igualdad, diversidad y pluralismo, que permitan la inclusión social de todas las personas con manifestaciones de pensamiento, ideología y expresiones, distintas a las de la mayoría. A su vez, este análisis debe conducir a una interpretación más profunda sobre nuestros propios patrones culturales, la forma como los colombianos vemos, pensamos y actuamos frente a la diversidad sexual y sus implicaciones en nuestras vidas, de tal modo que comprendamos que la ley es un reflejo de nuestras

creencias y expectativas sobre la vida social, pero la vida como tal en todas sus manifestaciones se abre camino de los modos menos imaginados, y hacernos vivos es también permitir que nuestras prácticas sociales cotidianas –reguladas o no– se transformen con las nuevas miradas que nos depara el ahora y el futuro.

5.4 Marco teórico

El concepto de familia definido por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se formula con base en criterios de monogamia y heterosexualidad, criterios que para el contexto en el cual la familia fue definida constituían los patrones moral y culturalmente aceptados para la conformación de las familias colombianas. Sin embargo, para ese momento histórico ya existía una transformación de las dinámicas tradicionales, que, de hecho, generó cambios importantes en la legislación; para 1991, las parejas conformadas por un hombre y una mujer que vivían en unión marital de hecho ya contaban con el reciente reconocimiento jurídico, reglamentado mediante la Ley 54 de 1990, por lo que la coyuntura del cambio político que implicaba la redacción de una nueva Constitución fue la oportunidad para extender el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo parejas que convivían en unión marital de hecho la protección otorgada exclusivamente a las familias provenientes del matrimonio.

En efecto, en la ponencia para primer debate del texto definitivo del artículo 42, se expusieron los argumentos por los cuales se extiende el concepto de familia a las uniones maritales de hecho, partiendo de la necesidad de proteger y reconocer plenos derechos y deberes en absoluta igualdad a más de la cuarta parte de la población, que, para ese entonces, vivía en esta condición, complementando las normas legales vigentes sobre uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En este sentido, tal y como quedó establecido en la exposición de motivos del artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos. Los vínculos naturales son los que surgen entre las personas unidas por los diferentes grados de consanguinidad, como lo explica el ponente; los vínculos jurídicos son los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos

en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos; en este último caso, el ponente delimita la expresión o por la voluntad responsable de constituirla exclusivamente a la decisión de un hombre y una mujer de formar una familia sin estar casados.

De conformidad con Quiroz (2011), existen tres tipos de familia: las Familias paternas: existen este tipo de familias por el vínculo matrimonial, por la unión marital de hecho. Y estas pueden ser extensas. Familias multifiliales: conformadas por padres separados, que se vuelven a unir a otra persona conformando una nueva familia con todos y cada uno de sus integrantes los antiguos y los nuevos. Familias parentales: conformadas por parientes no descendientes, unos de otros, que sin embargo constituyen una familia por ser parientes verbigracia, sobrinos, primos, madre-tía, madre-padrastro, o cualquier otra combinación. Y por último las familias constituidas por las parejas del mismo sexo.

5.4.1 Matrimonio

Etimología del matrimonio.-Generalmente hacen derivar la palabra matrimonium (de la cual procede la castellana matrimonio) de las voces latinas matris y munium, en el sentido de la carga o los deberes que incumben a la madre, porque uno de los fines del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos, y en este sentido se consideran los deberes de madre como más ponderosos que los del padre. También se cree que esa palabra indica la idea de maternidad legítima y honrosa, y en este sentido se dice que el término predominante es el de madre (matar en sánscrito, matir en irlandés y mater en latín), que tiene estrecho parentesco con la voz hebrea am, que significa lo mismo y se encuentra en la composición de las palabras latinas amare, am-or. El matrimonio es una institución de Derecho Natural que consiste en la unión de un hombre y una mujer, conforme a los preceptos de la ley religiosa o de la ley civil con el fin de vivir juntos procrear, ayudarse mutuamente y propender a la crianza y educación de la prole. El matrimonio es una institución de

Derecho Natural.-Las instituciones de Derecho Natural son aquellas normas reguladoras del ejercicio de las facultades humanas y del cumplimiento de los deberes, para que sea posible al hombre alcanzar su fin; el conocimiento de esas normas o reglas lo adquiere el hombre por su sola razón; emanan del pensamiento eterno de Dios.

5.4.2 Adopción

El concepto de adopción se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. Se define como "principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza". La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás. La finalidad de la adopción es el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleve ya que, en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

La adopción tiene dos etapas:

- La primera es administrativa. Se surte ante el ICBF y en ella se declara adoptable al niño.
- La segunda es judicial. La adopción es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno - filial.

Los lineamientos técnicos se constituyen en una herramienta por medio de la cual el ICBF tiene la posibilidad de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro para el desarrollo armónico del niño.

Se les da trámite preferente e inmediato para su asignación familiar a aquellas solicitudes para niños con discapacidades físicas, mentales o sensoriales, para los grupos de más de dos hermanos, para los niños indígenas que gozan de jurisdicción especial y para los mayores de 7 años. La adopción es irrevocable. El adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9.º del artículo 140 del Código Civil.

Los trámites que se adelanten en el ICBF con relación a las adopciones son totalmente gratuitos.

Requisitos para tramitar la adopción: 1 Artículo 42 de la Constitución Política. 2 Sentencias C-562 de 1995, C-477 de 1999, Corte Constitucional.

- Tener cumplidos 25 años de edad. - Tener al menos 15 años más que el adoptable. - Garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Pueden adoptar.

- Los cónyuges conjuntamente. - Conjuntamente los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. - El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. - Las personas solteras que tengan cumplidos 25 años de edad.

Pueden ser adoptados

- Los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres o autorizada por el defensor de familia, cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y carezca de representante legal. - Los mayores de 18 años, siempre y cuando el adoptante haya tenido a cargo el cuidado personal del adoptable y haya convivido con él por lo menos dos años antes de que este cumpliera los 18 años de edad. El hijo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro. - El menor puede ser adoptado por el cuidador una vez hayan sido aprobadas las cuentas. - Las leyes prohíben las adopciones determinadas, salvo cuando el adoptivo: fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante. Se asemeja esta definición a lo que quería en sus principios Napoleón con la concepción del código, en donde se quería que el adoptado entrara a ser un descendiente legítimo

Los hermanos Mazeaud 1976, hablan de la adopción como un acto de voluntad bilateral y judicial. Se dice bilateral porque es común acuerdo de las partes, y judicial por la presencia activa de un juez, generando un parentesco civil.

Principio de la dignidad humana. Este principio señala, como se ha dicho antes, que todos los seres humanos somos dignos en tanto que tenemos la capacidad de articular, modificar y materializar, haciendo uso de la razón, proyectos de buen vivir y de justicia. Es decir que, como lo señala continuamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre parejas del mismo sexo, los miembros de la especie humana somos iguales en tanto que somos fundamentalmente seres autónomos y racionales. Estas capacidades comunes son violadas, argumenta el modelo de la dignidad, cuando el ordenamiento jurídico no reconoce a las parejas del mismo sexo. Los proyectos de buen vivir de la mayoría de las personas incluyen una dimensión de

vida en pareja que se niega de manera radical para los individuos con orientaciones sexuales alternativas cuando no se reconocen las parejas del mismo sexo.

El Estado, con su omisión, está evitando que las personas tomen autónomamente una decisión sobre el tipo de vida que quieren vivir que no afecta negativamente los derechos de terceras personas. Está limitando de manera radical e injustificada la potestad misma de escoger libremente un proyecto de vida. El Estado, con su inacción, está indicando que prefiere una orientación sexual –la heterosexual– por sobre otra –la homosexual– y, que, por tanto, los individuos deberían escoger la primera y no la segunda. La cuestión no es sólo que las personas puedan vivir con la pareja de su elección sin que el Estado las sancione, sino que éste reconozca la vida de las parejas del mismo sexo como una alternativa válida para la comunidad política. Este reconocimiento tiene un valor simbólico poderoso, el reconocimiento de los miembros de las parejas del mismo sexo como seres humanos iguales a los heterosexuales; y un valor material, relacionado con la reducción de los costos patrimoniales de la vida en pareja y la disminución de la discriminación y la violencia en contra de la comunidad LGBTI.

La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los términos de comparación. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad. (Sentencia T-422/92, MP Eduardo Cifuentes Muñoz) A través de varias sentencias, la Corte ha mantenido esta posición, como también ha defendido la teoría de la

antigüedad. Con tal fin, el constituyente consagró una serie de principios mínimos fundamentales que configuran el “suelo axiológico” de los valores materiales expresados en la Constitución.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho a la igualdad. En la sentencia C-221/92 se afirmó: Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Y en la sentencia T422/92, por su parte, se dijo: Sin embargo el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Aunque algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para Lizandro Alfonso Cabrera Suárez promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el derecho a la igualdad no significa igualitarismo ni igualdad matemática. El derecho a la igualdad implica hacer diferencias allí donde se justifiquen. Se justifica hacer una diferencia cuando del análisis de la situación se desprende que ella es razonable. Una diferencia entre presuntos iguales es razonable cuando existe un hecho relevante que amerite tal

diferenciación. Un hecho es relevante cuando, a juicio del operador jurídico, es de tal magnitud que rompe el igualitarismo formal para dar lugar a un trato desigual en aras de la igualdad material.

En concordancia con la sentencia C-071 de 1993 dice: El principio de igualdad es una regla que permite establecer fórmulas de apreciación frente a un trato discriminatorio, con fundamento en la razonabilidad de la diferenciación y en la proporcionalidad de los medios incorporados lo mismo que en los fines de la norma. No toda desigualdad constituye necesariamente discriminación, puesto que la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y si dicha justificación se ajusta a la finalidad y los efectos de la medida considerada. El juez debe retirar los excesos o abusos del poder por el uso indiscriminado de las facultades legislativas que rompan la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al establecer la Constitución que todas las personas son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. Ahora bien la igualdad permite además el desarrollo de la dignidad que surge de la persona humana a partir de la paridad social entre los seres humanos.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para auto determinarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte este derecho se vulnera ‘cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano’ ”

Anota De Monserrat (2001), algunos conceptos básicos de discriminación por orientación sexual, que se desprenden de la doctrina internacional. Del contenido de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la legislación educativa y laboral, entre otras, en países como Estados Unidos, Australia, y Canadá se pueden extraer los siguientes conceptos.

Orientación sexual. Significa tener preferencias sexuales, heterosexuales, homosexuales, bisexuales, tener un antecedente personal en la inclinación o bien ser identificado o identificarse con alguna de ellas.

Discriminación: Dentro del contexto de la orientación sexual. Se puede entender como toda distinción, exclusión o restricción basada en la orientación sexual que tenga por objeto o por el resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio de cualquier homosexual, lesbiana o inclusive transexual, sobre la base de igualdad que reconocen los órdenes jurídicos nacional o Internacional, de los derechos humanos, las libertades e individualidades y las garantías constitucionales en las esferas políticas, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera.

Discriminación Por Asociaciones y Organizaciones Civiles y Mercantiles en General. La negativa de alquiler, contratar, o bien obstaculizar el trabajo, suspender o despedir del empleo a cualquier individuo; también disminuir o condicionar (discriminarlo) sus indemnizaciones o sus condiciones de trabajo debido a su orientación sexual. Constituye discriminación.

Discriminación en Lugares Públicos. Se considera discriminatorio negar a cualquier persona, alejamiento en cualquier lugar público, destinado al hospedaje de personas, hoteles, moteles o en cualquier otro lugar público inclusive centros de diversión y esparcimiento, por considerar su orientación sexual.

Discriminación en Asuntos de Casa Habitación. Se consideran actos de discriminación los que se realicen contra cualquier persona en las condiciones, términos o privilegios de venta o arriendo de una vivienda o en cualquiera de los servicios o facilidades que de ellas deriven cuando está determinado por la orientación sexual del comprador o arrendador.

Discriminación en la Organización y Pago de Créditos. Es una práctica discriminatoria que cualquier acreedor realice actos tendientes a discriminar sobre la base de la orientación sexual a toda persona que cuente con 18 años o más en cualquiera operación de crédito.

Discriminación en o por Instituciones Gubernamentales. Existe discriminación por parte del estado cuando este no actúa disponiendo las medidas necesarias para evitar actos de discriminación ejecutados por particulares o para investigar y castigar esos actos de discriminación y en su caso conceder la indemnización necesaria.

Discriminación en Instituciones Educativas. La contratación y clasificación de maestros o personal general adscrito a las mismas están libres de la discriminación sexual, por motivos de orientación sexual; o de cualquier otra de discriminación.

5.5 Marco legal

Ley 54 de 1990 a su vez modificada por la 979 de 2005

Análisis jurisprudencial. Sentencia C-075 del 07 de febrero del 2007.

Régimen patrimonial de compañeros y compañeras permanentes.

Parejas del mismo sexo. La exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho, constituiría una flagrante discriminación

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales de la ley 54 de 1990 modificada por la ley 979 del 2005

ART. 1º—A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.”

Analice jurídico de sentencia C 075 del 7 febrero 2007

Actores: Marcela Sánchez Buitrago, Luz Marina mercado Bernal, Alejandra Asuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado

Normas acusadas se consideran vulnerados el preámbulo de la constitución nacional los artículos 1 y 38 de la constitución nacional

Piden los actores en esta demanda que no se tenga en cuenta la figura de la cosa juzgada en razón de la sentencia C - 098 de 1996

Derechos invocados: son diferentes los fundamentos de derechos que los impetrados en sentencia C - 098 DE 1996

En la sentencia antes mencionada no se demostró la diferenciación entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, por no haberlas incluido en el régimen patrimonial de las uniones maritales de derechos. Aparte que ello conlleva a impactos negativos en todos los ámbitos de protección de los cuales deberían gozar las parejas del mismo sexo:

En materia penal pues no hay regulación en cuanto a violencia intrafamiliar en estas parejas.

□ En materia civil se hizo extensiva la obligación alimentaria en favor de los compañeros (as) permanentes, pero las parejas del mismo sexo serían desprotegidas en cuanto a la obligación alimentaria

□ En Material laboral la ley 100 de 1993 reguladora del sistema de seguridad social integral en Colombia no contempla para las parejas del mismo sexo los beneficios, los cuales se predicen en esta ley para el compañero (a) permanente como los son protección de salud y acreencia de pensión de sobreviviente, el preámbulo y el artículo primero de nuestra carta magna define nuestro país como un estado social de derechos cuyos objetivo principal es, garantizar la dignidad humana de los habitantes de sus territorio. La exclusión de las parejas del mismo sexo constituye una vulneración del principio de la dignidad humana como también el derecho a libre asociación. Derecho a la familia que constituye a la forma primigenia de asociación constituida como lo establece el artículo 42 de la constitución nacional

Los demandantes aducen que el fenómeno de pareja subsiste independientemente de la familia de tal forma que uno y otro aspecto se pueden regular de forma distinta. Para los actores la unión entre parejas en sentido genérico es traducida como la voluntad lícita de los seres humanos de convivir, en la cual no se tiene en cuenta la distinción de sexo y sus efectos jurídicos son las consecuencias del reconocimiento del derecho de asociación

Los actores piden estudiar si existe o no trato diferenciado por el legislado a las parejas del mismo sexo en la ley 54 de 1990, como también arguyen, que en los tratados internacionales firmados por Colombia se prohíbe la discriminación en razón de orientación sexual (caso TOONEN vs AUSTRALIA).

Intervinieron en varios sectores del país, algunos en coadyuvancia y otros en contra del petitum.

La red de apoyo TRANS - SER que forma parte del movimiento social gays, lesbiana, bisexuales y transesteristas apoyan la demanda al considerar que la comunidad homosexual ha sido excluida de modo que ha habido normas que hagan distinciones en relación a la orientación sexual, debe hacerse un test de igualdad y por ende están siendo estas normas discriminatorias al excluir a la comunidad homosexual. En el escrito del Sr. German Humberto Rincón Perfetti, donde expresa que existe la necesidad del estudio de la norma demandada, en el caso incompleto del artículo 1 y 2 de la ley 54 de 1990.

En razón de los tratados internacionales acogidos por Colombia que promueven la protección del derecho a la no discriminación por la libre opción sexual. “el comité de derecho humanos de las naciones unidas en los que con base en artículo 26 del pacto de derechos civiles y políticos que prohíben la discriminación por razón del sexo se ha definido el derecho a la libre elección sexual.

De acuerdo con lo argumentado en la demanda aquellos homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonial, porque al terminarse la cohabitación no cuentan con herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que le corresponde, en el capital que lograron conformar en el tiempo que convivieron, desprotección del evento de muerte de un integrante de la pareja del mismo sexo, en síntesis, desprotegido en la parte sucesora.

Alegan también que no se tuvieron en cuenta los derechos fundamentales a la dignidad y el derecho de libre asociación por lo tanto se estaría en presencia de una cosa juzgada no implícita y se haría posible un nuevo pronunciamiento. Esta se presenta cuando la corte restringe en la parte motiva el alcance en la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no se refleje dicha limitación.

La corte manifiesta en cuanto a la cosa juzgada que el caso en estudio no existe cosa juzgada constitucional la corte hace un análisis de la norma ley 54 de 1990 con sus respectivas modificaciones.

Artículo 2. Modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante

Sentencia C-257 de 2015.

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-700 de 2013.

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-257 de 2015.

NOTA: El texto subrayado y en negrilla fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-193 de 2016.

En cuanto a la petición de nulidad fracasó en esta acción,

□ Primero porque la corte considera que es extemporánea y segunda, porque no hubo violación del debido proceso.

□ Segundo aspecto que se cita es la cosa juzgada de la cual ya habíamos hecho mención, la Corte considero que existía una cosa juzgada relativa implícita pues como ya en sentencia C-098 de 1996 se refirió:

Exclusivamente a la supuesta violación de los artículos. Dicha sentencia dejo la posibilidad de un nuevo estudio de constitucionalidad si se deducían que las normas impetradas se desprendía un privilegio ilegítimo o se previniera en ellas un objetivo de lesionar o causar perjuicio a los homosexuales o se llegase a concluir que de su aplicación pudiera esperarse un impacto de esta aplicación.

En cuanto al estudio realizado por la corte de los artículos demandado de la ley 54 de 1990 la corte manifiesta que las parejas del mismo sexo que cumplan con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida parmente y singular, mantenida por un periodo de al menos 2 años accede a régimen de protección allí dispuesto de manera que queda protegido por la presunción de sociedad patrimonial y los que la conforman de manera individual o conjunta, pueden acudir a los medios previstos en la ley para establecerlas cuando así lo consideren necesario.

En virtud de lo expuesto la corte encuentra que resulta improcedente la solicitud del procurador, en ese orden de ideas las uniones maritales de hecho conformadas por parejas del mismo sexo, tienen obligaciones y derecho patrimoniales iguales a los que tienen las uniones constituidas por parejas heterosexuales, en consecuencia, como y se mencionó la interpretación sistemática del numeral primero del artículo 411 del código civil no arroja ninguna duda sobre el alcance de dicha disposición a las parejas heterosexuales y homosexuales; siempre que reúna las

condiciones establecidas por la ley 54 de 1990. Modificada por ley 979 del 2005. Tampoco le parece a la corte necesario la solicitud de Colombia diversa pues si el artículo 411-1 se refiere a los compañeros permanentes y estos deben tener el derecho y obligaciones patrimoniales con independencia a su orientación sexual de si integran una pareja del mismo sexo o heterosexual; pues está claro que tal norma se aplica a las parejas integradas por persona del mismo sexo y vuelve y recalca la Corte Constitucional en sus consideraciones que cuando las parejas del mismo sexo cumplieren con los requisitos establecidos por la ley 54 de 1990, en cuanto al régimen patrimonial de las uniones maritales de hechos, estas parejas deberían ser protegidas por este régimen. Por lo tanto, la Corte resuelve declarar la exequibilidad de los artículos demandados de la ley 54 del 1990 tal como fue modificada en la ley 979 de 2005 en el entendido que el régimen patrimonial en ella contenido se aplica a las parejas del mismo sexo.

Análisis jurídico de sentencia C-798 20 de agosto del 2008

OBLIGACION ALIMENTARIA – responsables

INASISTENCIA ALIMENTARIA EN UNION MARITAL DE HECHO –

procedencia

DEFICIT DE PROTECCION - en materia de garantía para el cumplimiento de la obligación alimentaria de miembros de pareja homosexual.

OBLIGACION ALIMENTARIA- incumplimiento acarrea consecuencias penales.

ACCION PUBLICA-también dominada acción de inexequibilidad puede ser definida por la facultad que tiene todos los ciudadanos colombianos de impugnar ante la corte constitucional por ser violatorio de la norma fundamental.

DERECHO A LA IGUALDAD -tratamiento distinto a las parejas del mismo sexo. Con materia de obligación alimentaria.

OBJETIVOS DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA- no es solo la protección familiar también persigue promover el principio de solidaridad, apoyo mutuo y equidad así mismo la pareja heterosexual sin hijos también tiene derechos a la obligación alimentaria no solo por la protección familiar sino también y principalmente por el principio de solidaridad.

LEY 1181 DE 2007 - (diciembre 31) por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000. El Congreso de Colombia.

DECRETA:

Artículo 1. El artículo 233 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 233. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena de prisión será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Parágrafo 1. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-798 de 2008, y EXEQUIBLE el resto de esta disposición en el entendido que

las expresiones “compañero” y compañera permanente” comprende también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Parágrafo 2. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.

Es importante recordar además que según la jurisprudencia constitucional las parejas del mismo sexo comparten derechos de las parejas heterosexuales y de las familias (derechos patrimoniales y afiliación en salud), sin que esta consistencia sea contradictoria con la definición de la familia tradicional. Este régimen de protección en materia de obligación alimentaria en el cual las parejas del mismo sexo tienen un déficit de protección, está empleando un criterio discriminatorio en razón de trato diferenciado pues este no es ni necesario ni proporcional.

Se hace referencia a la sentencia C-075 del 2007

Aunque para ese instante no existía un régimen de protección especial para las parejas del mismo sexo, para estas resulta necesario evitar su discriminación al garantizar la protección de los derechos que han sido protegidos a las parejas heterosexuales teniendo en cuenta que ambas parejas tienen las mismas necesidades. Así la discrecionalidad del legislador encuentra un límite en el deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a las parejas del mismo sexo y por ende no debe conducir a la falta de reconocimiento y a la consecuente desprotección total de las parejas del mismo sexo en materia de obligaciones alimentarias; consideran los actores que la norma acusada ha transgredido ese límite pues, no contempla ningún tipo de protección para las parejas del mismo sexo por lo cual la norma debe ser declarada exequible condicionadamente en el entendido de que protege también a las parejas del mismo sexo.

Fue señalado por la corte interamericana de derechos humanos (IDH) indica que existen una exigencia constitucional a las personas homosexuales en ejercicios de sus derechos y obligaciones únicamente en razón de su opción sexual; hacerlo implicaría una discriminación prohibida por la constitución política y las normas internacionales. El delito de inasistencia alimentaria para personas mayores requiere de querella de parte que procede ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el título valor mencionado.

“Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias” hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 y aprobada por Colombia, mediante ley 489 de 1998 y revisada por la corte constitucional en sentencia C-184 de 1999, señala en sus artículos 1 y 3 que las obligaciones alimentarias se aplican fundamentalmente respecto de menores y entre conyugues o hayan sido tales.

Consideraciones de la Corte si debe definir si en el ordenamiento jurídico vigente existe la obligación alimentaria entre las parejas compuestas por el mismo sexo; si no fuera así debería la corte resolver si procede la integración de la unidad normativa con las normas civiles correspondiente como lo solicita Colombia diversa o la inhibición por ineptitud sustancial de la demanda como lo solicita el procurador.

ARTICULO 411. TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS. Se deben alimentos:

Al cónyuge.

NOTA: Numeral 1 declarado EXEQUIBLE por la Corte constitucional mediante sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.

NOTA: Numeral 1 declarado EXEQUIBLE por la Corte constitucional mediante sentencia C-1033 de 2002, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho. A los descendientes legítimos

NOTA. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 105 de 1994.

A los ascendientes legítimos.

NOTA. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 105 de 1994.

Modificado por el artículo 23, Ley 1a. de 1976, así: A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa. A la mujer divorciada sin culpa suya;

Modificado por el artículo 31, Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.

NOTA. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 105 de 1994.

A los hijos naturales y a su posteridad legítima;

Modificado por el artículo 31, Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: A

Los Ascendientes Naturales.

A los padres naturales. A los hijos adoptivos. A los padres adoptantes. A los hermanos legítimos.

NOTA. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 105 de 1994.

Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

En la expresión subrayada fue objeto de una decisión de constitucionalidad a través de la sentencia 1033 de 2002 en dicha decisión la corporación señaló que establecer la obligación alimentaria solo para los cónyuges discriminadas las parejas maritales no casadas, es decir, aquellas que formaban una unión marital de hecho, motivo por la cual la corte declaro EXEQUIBLE de manera condicionada la expresión del artículo 411 del código civil, en el evento entendible que este ordenamiento es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho, en consecuencia, en la actualidad, se deben alimentos al cónyuge y al compañero permanente cuando existe unión marital de hecho en los términos de la ley 54 de 1990 modificada por la 979 de 2005.

La corte ha reconocido que la obligación alimentaria se fundamenta, en el principio de solidaridad. Adicionalmente, al aparejar una obligación a favor de la parte más débil de la relación, no parece discutible que esta obligación integra el régimen patrimonial de dicha relación.

También ha expresado la corte en su interpretación sistemática de la norma antes mencionada y las decisiones judiciales tenidas en cuenta no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes sin tener en cuenta su orientación sexual; toda vez que la pareja reúna los requisitos exigidos por la ley 54 de 1990 modificada por la 979 del 2005. En efecto, la obligación alimentaria consagrada en el numeral primero del artículo 411 del código civil parta los conyugues, Es aplicable a los compañeros permanentes, que como se sabe pueden integrar una pareja del mismo sexo.

En razón de lo estudiado la corte resuelve declarar inexecutable la expresión únicamente contenida en el párrafo primero del artículo primero 1181 del 2007 y exequibles el resto de la norma, en el entendido que las expresiones compañero (a) permanente comprenden también a los integrantes de mismo sexo.

Análisis jurídico de sentencia C-811 DEL 03 de octubre del 2007

Demanda de inconstitucionalidad artículo, 163 de la ley 100 de 1993, demanda la expresión “familiar”

Normas constitucionales que se consideran infringidos artículos 1, 13, 16, 48, 49, 366 de la constitución nacional

ARTICULO 163. La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARAGRAFO 2. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad

Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley.

Según las consideraciones de la corte la integración normativa es aplicable cuando un ciudadano demanda una disposición, individualmente, no tiene un contenido deóntico, claro o unívoco de tal forma que para entenderla y aplicarla resulta absolutamente e imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada.

La corte considera que el artículo 163 de la ley 100 del 93 debe ser sometido a estudio.

Para la corte es claro que las consecuencias ocasionadas para las parejas del mismo sexo, por motivo de la exclusión de la cobertura del régimen de seguridad social en salud son de superior gravedad a las que generaba exclusión de la pareja del mismo sexo; de las normas sobre el régimen patrimonial, porque por medio de esta exclusión se pondría en riesgo un derecho aún más importante; que es el derecho a la vida.

En razón a lo expuesto anteriormente la corte resuelve declarar Exequible de manera condicionada, en el entendido que se aplica también a las parejas del mismo sexo.

Análisis jurídico de sentencia 336 del 16 de abril del 2008

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo

vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no

tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con

sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARÁGRAFO 2o. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley”.

Pretensión - pensión de sobrevivientes (derecho a la sustitución pensional)

Todas las personas son iguales ante la ley sin discriminación alguno y por ser igual poseen la misma garantía de protección de la ley por lo tanto se prohibirá toda discriminación alguna y se garantizará igual protección para todas las personas evitamos cualquier tipo de discriminación de razas, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier naturaleza, origen nacional o social, económica o cualquier otra condición social.

El caso Young vs Australia - solicitud de pensión elevada por el compañero(a) permanente quien falleció luego de 38 años de convivencia, caso en el cual se alegó violación del artículo 26 del pacto, por no ser considerado por la legislación interna como beneficiarios, pues esta solo consideraba beneficiarios al compañero(a) de diferentes sexos.

La corte reitera que en sentencia 075 de 2007 que se protegen los derechos patrimoniales de las parejas de ambos sexos.

Mediante sentencia C-811 de 2007 resuelve lo concerniente al régimen de seguridad social integral en Colombia. La corte concluyo que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo; en relación con el plan obligatorio de salud; comporta para estas parejas un déficit de protección inamisible a la luz de la constitución.

En conclusión, la corte resuelve declarar exequibles las expresiones demandas contenidas en el artículo 147 de la ley 100 de 1993, articulo modificado, por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, respecto al artículo primero de la ley 54 de 1990 estárselo resuelto sentencia

C- 811 de 2007.

En cuanto a las expresiones demandadas de la ley 100 del 1993 estáselo resuelto en la sentencia C-811 del 2007.

Análisis jurídico de sentencia C-577 del 26 julio del 2011

Matrimonio artículo 113 del código civil

“ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Ley 294 de 1996

(Julio 16)Diario Oficial No. 42.836 de 22 de junio de 1996

Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar

EL CONGRESO DE COLOMBIA- DECRETA:

TITULO I

OBJETO, DEFINICION Y PRINCIPIOS GENERALES

ARTICULO 2°. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

LEY 1361 DE 2009- (Diciembre 3)

Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 2°. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Familia núcleo fundamental de la sociedad. Déficit de protección por carencia de institución que posibilite formalizar y solemnizar el vínculo entre parejas del mismo sexo. En esta sentencia se demandan las expresiones procrear, la expresión hombre y mujer

La familia es la primera institución social que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social, ya que es la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tenga origen. Como también es destinatarias de acciones especiales y provenientes de la sociedad y el estado dirigidas a su protección, fortalecimiento y prevalencia como actor social. De acuerdo con la corte el concepto de procreación tiene 2 facetas; una negativa y la otra positiva. La positiva es la posibilidad de procreación en cantidad deseada y la faceta negativa es la de no procrear en ese orden de ideas, la pareja cuenta con la libertad expresa que le confiere la constitución política de tener hijo o no si así lo decidieran, por lo tanto, la corte considera que la expresión procrear no va encontrar vención del derecho de las parejas del mismo sexo ni constituye la imposibilidad de formar una familia.

En consideración con el tema que se viene estudiando la corte resuelve declarar exequible las expresiones demandas y declararse inhibida para pronunciarse de fondo respecto de las mismas y por ultimo exhortar al congreso de la república para que antes del 20 d junio del año 2013. Legible de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de estas sentencias afectan a las parejas en mención, si por el 20 de junio del año 2013 el congreso de la república no ha expedido la legislación correspondiente que permita sanear la desprotección de las parejas del mismo sexo. En razón de la imposibilidad de acceder al matrimonio las parejas en mención podrán acudir ante notario o juez competente a solemnizar y formalizar su vínculo contractual.

Análisis jurídico de sentencia C-283 del 13 de abril del 2011

Porción conyugal: está definida como aquella parte del patrimonio que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para sus subsistencias, asignación que no es a título de heredero; pues su condición jurídica es la de este, y que más que una prestación de carácter alimenticio, basada en un criterio de necesidad, es una figura de naturaleza compensatoria, para afectar el patrimonio del causante a través de una asignación forzosa que le permite al supérstite, contar con patrimonio adecuado teniendo como referente el patrimonio del cónyuge fallecido. - es una especie de crédito a cargo de la sucesión.

-Exclusión de reconocimiento a compañero

(a) permanente supérstite o Sobreviviente al igual que a la pareja del mismo sexo resulta discriminatorio.

Cosas juzgadas constitucional es inexistente por cambios en el contexto de aplicación.

En la sentencia C-174 de 1996; esta corporación declaró la inexequibilidad no condicionada de los artículos que en sentencia en estudios son los preceptos demandados.

Expresiones demandantes “porción conyugal” “cónyuge” y “viudo o viuda”

Artículos 1016 numeral 5to. 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251, 1258, del código civil, preámbulo, artículo 1, 2, 5, 13,16,18,42 la constitución política colombiana.

La pretensión de esta sentencia es extender a compañeros o compañeras permanentes, los derechos de los cónyuges en relación con los derechos gerenciales y la posibilidad de obtener porción conyugal y solicitar alimentos.

En relación con la sentencia 174 de 1996 la corte manifestó que no había relación idéntica entre compañeros (as) permanentes y los esposos y declaro exequible todas las expresiones demandadas.

En cuanto al fenómeno de cosas juzgadas no opera, la corte argumenta la figura del cambio del texto normativo; el cual indica que un juez debe sujetarse a lo que se resolvió en un determinado momento en cuanto a un tema específico, pero la sociedad a medida que va evolucionando va introduciendo cambio en todos los planos culturales, sociales, políticos, normativos, entre otros y estos cambios traen consigo otras necesidades jurídicas por lo tanto la norma debe ir en concordancia a la época.

Con respecto a lo estudiado y evidenciando que hay un déficit de protección, la corte reconoce que no extralimita sus funciones porque estaría desconociendo constitucionalmente al ente regulador de estos temas que causan tantas sensibilidades en la sociedad como lo es la regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo grupo que atreves de la historia no ha sido salvaguardado y evidentemente discriminado a través de la historia.

La corte ha resuelto en cuanto a esta sentencia exequible los artículos demandados y exhortar al congreso para que legisle de manera sistemática sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo, que se hacen referencia en esta sentencia.

Análisis jurídico de sentencia C-071 del 18 febrero del 2015

ARTÍCULO 64. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

ARTÍCULO 66. DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.

2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público.

ARTÍCULO 68. REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia

adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”.

“LEY 54 DE 1990

Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

ARTÍCULO 1º.- A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos

civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

La corte condiciona sobre la adopción consentida o complementaria, en el entendido que su ámbito de aplicación también está comprendidas las parejas del mismo sexo; cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

El código de la infancia y de la adolescencia fijó los requisitos generales para adoptar y señaló quienes pueden hacerlo bajo la óptica neutral del sexo y la orientación sexual de los aspirantes, pero si tuvo en cuenta el origen y la modalidad bajo la cual está conformada la familia.

Primer requisito indispensable para adoptar: “la capacidad” la cual es de suma importancia para llevar responsablemente la crianza de un niño.

Segundo requisito se tiene que la persona haya alcanzado una edad mínima de 25 años y que el adoptante tenga por lo menos 15 años más que la persona que va ser adoptada; teniendo en cuenta que no haya una brecha generacional tan extensiva con implicaciones negativas en el desarrollo psicomotriz, emocional y social del menor.

Los actores de la demanda alegan que frente a la imposibilidad que le ha dejado la ley para acceder a la adopción, se estaría incurriendo en un tratamiento diferenciado hacia las parejas del mismo sexo estableciendo una discriminación en contra de estas parejas, debido a que no tendrían las mismas garantías que las parejas heterosexuales, lo antes preceptuado conlleva también una violación al derecho a la igualdad y al derecho a conformar una familia y al no ser separado de ella.

Para el código de la infancia y la adolescencia la adopción es una medida de protección cuyo objetivo es reemplazar en cuanto sea posible, la relación de filiaciones de un menor que ha perdido o que nunca lo tuvo. Habida cuenta la corte recalca que el objetivo de

la adopción no es dar un niño a una familia, sino una familia a un niño que lo necesita, estableciendo con ello de manera posible los lazos de filiación.

Por todo lo expuesto por lo demandante y los intervinientes en esta acción y los estudios realizados por la corte, decide, la asequibilidad condicionada de las normas sobre la adopción consentí o complementaria en el entendido que dentro de su área de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo.

6. Conclusiones

Por lo expuesto a lo largo de este trabajo de investigación acerca de los derechos adquiridos por la comunidad LGBTI, y en concordancia con la sentencia SU-214/2016, se concluye que se hace necesario que el órgano legislativo (congreso de la república), legisle acerca de los derechos de la comunidad LGBTI, atendiendo a los cambios sociales y las exigencias de la sociedad, basados en los principios de la dignidad humana, la igualdad, el desarrollo de la libre personalidad, principios que están consagrados en nuestra carta política y mencionados frecuentemente en esta monografía. Es necesario, para evitar el desgaste al que están expuestos los integrantes de la comunidad LGBTI, al hacer uso de sus facultades legales, en pro de materializar su deseo de formar una familia.

La corte constitucional exhortó al congreso, para que legisle acerca de los derechos de la comunidad LGBTI, y a la vez ubicarlas en posición de igualdad con las parejas heterosexuales; al cumplirse el plazo que se le dio al congreso de la república para que legislara acerca del tema, tuvo que por medio de sentencias otorgar el derecho al matrimonio y a la adopción.

Bien sabemos los estudiantes de leyes en Colombia que el poder está dividido en tres ramas, la ejecutiva, la legislativa y la judicial, cada una con sus funciones específicas. En el caso en estudio la rama legislativa está compuesta por la cámara de representantes y el senado, ambos órganos del estado son por elección popular, es decir le corresponde al soberano, es decir al pueblo elegirlos a través de votaciones, teniendo claro, que es el pueblo es quien elige a los integrantes de la rama legislativa para que en representación del soberano tenga la potestad de la creación de la leyes en Colombia, quedando claro que no es labor de las cortes la creación de una ley, pero con la negativa del congreso de legislar acerca de los derechos de las parejas del mismo sexo, la tarea tuvo que ser desarrollada por la Corte Constitucional, por las innumerables demandas de violación de

principios fundamentales que establece la constitución nacional, evidenciándose los tratos indiscriminados que se le hacían a las parejas del mismo sexo al no reconocerles sus derechos y al impedirles utilizar las mismas herramientas legales, que utilizan las parejas heterosexuales.

Ha sido una tarea larga y tediosa para la corte constitucional, y la incansable lucha, de la organización Colombia diversa, porque a cuenta gotas se ha logrado adquirir derechos para la comunidad LGBTI, a través de tutelas presentadas ante la Corte Constitucional, aún para derechos elementales, como permitir que puedan estudiar en cualquiera institución educativa sin ser discriminados por su orientación sexual, y recibir un buen trato.

No es que la corte esté usurpando la función del congreso de la república, sino que por omisión de éste, le ha tocado realizar tareas que le corresponden al congreso. Porque es muy claro que la constitución colombiana en el art 13, inciso segundo, habla acerca de la discriminación, y consagra que la igualdad, será real y efectiva y protegerá a los grupos de minorías los cuales hayan sido discriminados. La norma prohíbe la discriminación y preceptúa que el estado promoverá las condiciones y adoptará medidas necesarias, para que no haya discriminación de ninguna naturaleza, en contra de ningún grupo.

Teniendo en cuenta el concepto de Ceballos Muriel (2010), la rama legislativa, es una de las tres facultades y funciones primordiales del estado (junto con el poder ejecutivo y judicial), que consiste en la aprobación de normas con rango de ley. Es una de las tres ramas en que tradicionalmente se divide el poder de un estado.

En una democracia, el poder legislativo elabora y modifica las leyes existentes de acuerdo con la opinión de los ciudadanos. Su función específica es la aprobación de las leyes y generalmente, está a cargo de un cuerpo deliberativo (congreso, parlamento o asamblea de representantes).

¿Cómo se conforma?

La rama legislativa está conformada por el congreso, el cual se divide en dos: El senado de la república y la cámara de representantes; y por las asambleas departamentales y los consejos municipales.

Los miembros del congreso son elegidos por medio del voto popular para periodos de cuatros años y sus funciones esenciales son las de hacer las leyes, mantener el control político dentro de la nación y reformar la constitución cuando sea necesario; sin embargo, tanto el senado como la cámara de representantes tienen funciones y responsabilidades:

El senado es de circunscripción nacional es decir su elección se hace a nivel nacional, para que una persona pueda ser elegida como senador ha de cumplir con ciertos requisitos, entre ellos ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, y ser mayor de treinta años a la fecha de la elección. El senado de la república está conformado por ciento dos miembros (cien de circunscripción nacional y dos representantes indígenas).

Los representantes a la cámara son elegidos dentro de un marco de la circunscripción territorial (departamental); es decir, los candidatos de cada departamento son elegidos no únicamente en su departamento respectivo.

Al igual que en el senado, para que una persona pueda llegar a la cámara de representante debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos ser ciudadano en ejercicio y ser mayor de veinte cinco años al momento dela elección. La cámara está compuesta por dos representante por cada circunscripción territorial y por uno más por cada treientos sesenta y cinco mil habitantes o fracción mayor a los ciento ochenta y dos mil quinientos sobre los treientos sesenta y cinco mil iniciales.

Existe también la circunscripción especial que es aquella en la que tienen derechos a participar las minorías étnicas, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

¿Funciones o atribuciones de la rama legislativa?

Las funciones del senado y la cámara de representantes aunque van de la mano no son las mismas:

Funciones del senado

1. Es el encargado de admitir la renuncia del presidente y del vice-presidente
2. Debe improbar o aprobar los ascensos militares conferidos por el gobierno (altos rangos militares).
3. Concede licencia temporal al presidente para separarse del cargo.
4. Permite o prohíbe el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional.
5. Autoriza al gobierno nacional para declarar la guerra a otras naciones.
6. Elige los magistrados de la corte constitucional.
7. Elige el procurador general de la nación.
8. Conoce de las acusaciones que haga la cámara de representantes contra altos dignatarios del país (cámara acusa y el senado conoce)

Funciones de la cámara de representantes

- Elige al defensor del pueblo.
 - Examina y concluye (fenece) la cuenta nacional del tesoro que le envía el contralor general.
- Acusa antes el senado a los funcionarios del estado. También conoce de esas quejas.
- Es la encargada de tramitar esas quejas.

- Es la encargada de comisionar funcionarios para efectuar las pruebas correspondientes antes los acusados.

¿Qué es una ley?

La ley es una norma jurídica dictada por el legislador. Es decir, un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y es de estricto cumplimiento, su incumplimiento trae aparejada una sanción.

Pasos para hacer una ley en Colombia

Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las cámaras a propuesta de sus respectivos miembros del gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156 CN (la corte constitucional, el consejo superior de la judicatura, la corte suprema de justicia, el consejo de estado, el consejo nacional electoral, el procurador general de la nación, el contralor general de la república, tiene la facultad de presentar proyectos en materia relacionadas con sus funciones o por iniciativa popular en los casos previsto en la constitución-

Por iniciativa popular (proyecto de ley) (artículo 156 CN)

Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento (30%) de los concejales o diputados del país. El proyecto será tramitado por el congreso. Todo proyecto deberá referirse a una misma materia y será admisible las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ellas.

Tramite de los proyectos de ley (artículo 157 CN). Ningún proyecto será ley sin los siguientes requisitos:

1. Haber sido publicado oficialmente por el congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobada en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. El reglamento del congreso determinara los casos en los cuales el primer debate se surtirá en cesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas cámaras
3. Haber sido aprobado en cada cámara en el segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del gobierno.

Tramite de leyes orgánicas (artículo 151 CN)

Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara

Tramite de leyes estatutarias (artículo 153 CN)

La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de la mayoría de los miembros del congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la corte constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

Para una mayor comprensión de la importancia que tienen las leyes es conveniente partir de la definición del concepto de ley. Si se aplica un criterio orgánico y formalista, leyes son solamente las expedidas por el congreso. Pero si se tiene en cuenta un criterio material, ley es una norma general abstracta e impersonal; estos calificativos significan que la norma jurídica se dirige no a una persona o agente concreto, sino a una categoría o clase de agentes (propietario por ejemplo), la ley por ende no es particular o individual, además significa que la ley no contempla una acción determinada sino una categoría o clase de acciones (por ejemplo el contrato de compra-venta genéricamente considerado), por consiguiente la ley no es concreta.

Leyes orgánicas

Las leyes orgánicas tienen un sentido ordenador y auto limitante de las funciones ejercidas por el congreso de la república. Una ley orgánica es un mandamiento al congreso en orden a regular su función legislativa, señalándole límites y condicionamientos.

Leyes estatutarias

El constituyente de 1991 determino otro tipo de leyes especiales denominadas leyes estatutarias para regular los siguientes temas; Artículo 152 CN

1. Derechos y deberes fundamentales y mecanismo para su protección
2. Administración de justicia.
3. Organización y régimen de los partidos políticos,

estatutos de la oposición y funciones electorales

4. Instituciones y mecanismo de participación ciudadana.
5. Estado de excepción

Leyes marco, consiste en regulaciones generales, no detalladas de los temas económicos que corresponden a la siguiente materia indicadas en el artículo 150 numeral 19 de la constitución: crédito público, comercio exterior y régimen de cambio internacional; actividad financiera, bursátil y aseguradoras; régimen salarial y prestaciones sociales de los trabajadores públicos; entre otras.

Leyes de facultades

Son las leyes que expide el congreso, para otorgar al presidente facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo haga aconsejable. Están previstas en el artículo 250 numeral 10 de la

constitución, dicha norma establece como condición que las facultades sean precisas y sean solicitadas expresamente por el gobierno, y requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una cámara y otra para su aprobación.

Leyes de convocatorias a asamblea nacional constituyente y de convocatoria a referéndum.

Mediante estas el congreso en su mayoría de los miembros de una cámara y otra puede disponer que el pueblo convoque a una asamblea nacional constituyente.

Características de las leyes

1. Generalidad: la ley comprende a todos aquellos que se encuentran en las condiciones previstas por ellas, sin excepciones de ninguna clase. Nadie puede esquivar su poder ya que todos son aceptados por ellas.

2. Obligatoriedad: tiene carácter imperativo-atributivo, es decir, que por una parte establece obligaciones y deberes jurídicos, y por la otra otorga derechos. Esto significa que siempre hay una voluntad que manda, que somete, y otra que obedece. La ley impone sus mandatos, incluso en contra de la voluntad de su destinatario, su cumplimiento da lugar a una sanción, a un castigo impuesto por ella misma.

3. Permanencia: se dictan con carácter indefinido, permanente, para un número indeterminado de casos y de hechos y solo dejara de tener vigencia mediante su abrogación, subrogación y derogación por leyes posteriores.

4. Abstracta e impersonal: las leyes no se emiten para regular o resolver casos individuales, ni para personas o grupos determinados, su impersonalidad y abstracción la conducen a la generalidad.

5. Se reputa conocida: nadie puede invocar su desconocimiento o ignorancia para dejar de cumplirla.

En las consideraciones de la corte en sentencia SU 214/2016 en un estado social de derecho, existe un conjunto de derechos fundamentales cuyo contenidos esenciales configura “coto vedado” para las mayorías, es decir un agregado de conquistas no negociables entre ellas, aquellas que tienen todo ser humano en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida en común.

Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos pero cuando no lo hacen entonces no lo pueden objetarse en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones, la libertad de configuración del legislador está enmarcada dentro de los principios de los derechos constitucionales. Es una realidad innegable que las mayorías políticas se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo.

Por lo anteriormente mencionado por la corte constitucional en sentencia hito podemos dilucidar que se había dado un trato diferenciado y discriminado a las minorías sexuales pues, se atendían los principios éticos, morales y religiosos los cuales no permitieron ver que la sociedad había evolucionado, en cuanto al tema de orientación por diversidad sexual. Por lo analizado en sentencia hito aún sigue siendo extenuante la materialización del deseo por parte de la comunidad LGBTI de que sus derechos ya reconocidos por sentencias estudiadas a lo largo de esta investigación sean respetados.

Por ello en esta monografía de grado se considera que es urgente que el congreso legisle acerca de los derechos de esta comunidad que nos podemos dar cuenta en estadísticas mostradas en

sentencia hito que entre 1992 y 2015 el congreso de la república ha archivado 18 proyectos de ley sobre matrimonio igualitario; muy a pesar que en sentencia 577/2011 se exhortó al congreso para que legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y se le colocó un plazo perentorio de dos años, habiendo transcurrido esos dos años sin solución alguna por parte del congreso acerca de legislar sobre el matrimonio de las parejas del mismo sexo, la corte constitucional aduce que transcurrido este plazo aun no teniendo la solución por parte del congreso las parejas del mismo sexo podrán legalizar su unión a través del vínculo del matrimonio. Basándose la corte en principios fundamentales consagrados en nuestra constitución política los cuales fueron invocados por la comunidad LGBTI para la protección de sus derechos.

No tiene sentido seguir dándole un trato diferenciado a la comunidad LGBTI, habiendo estas obtenido la protección de sus derechos a través de sentencias de la Corte Constitucional, por eso se insiste en esta monografía en la creación de una ley que proteja los derechos de esta comunidad donde queden plasmados los derechos adquiridos jurisprudencialmente.

7. Cronograma

El día 04 de julio del año 2016, se inicia la investigación acerca de las sentencias que confirieron derechos a las parejas del mismo sexo.

El día 10 de septiembre del 2016, empieza la redacción de la monografía, una vez leídas las sentencias que hacen referencia al tema en estudio.

El día 04 de noviembre del 2016 entrega de esta monografía, la cual me fue regresada por mi asesor en el mes de enero del 2017, debido a que faltaban unos ítems por llenar, incluyendo este.

8. Presupuestos

Internet: \$ 30.000

Fotocopias: \$ 100.000

Transporte: \$ 100.000

Alimentación: \$ 50.000

9. Referencias

- BONILLA, Daniel, (2008) Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público: la historia de la sentencia C- 075 del 2007.
- Carvajal, P. (2013). El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI. *Jurídicas CUC*, 9(1) 123-141.
- Ceballos Ruiz, Paula Andrea; Ríos Quintero, Juliana Victoria Ordóñez Patiño, Richard Marino, (2012) “El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14, (2), pp. 207-239.
- De Montserrat, Pérez contreras María (2001) *Derechos de los Homosexuales*. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. Universidad Nacional Autónoma de México.
- El país, (2016). www.elpais.com.co/.
- Lemaitre Ripoll Julieta 2009, el amor en los tiempos de cólera derechos de la comunidad lgbti, revista internacional de derechos humanos.
- Pertuz, A. Moreno, G. Saker, J. Sandoval, O. (2017). *Competencias ciudadanas para la formación integral en educación superior*. Barranquilla. Editorial Educosta. Pág. 28.
- Quiroz Monsalvo, Adolfo W, (2011). Aspectos procesales sobre derechos de las parejas del mismo sexo, criterio jurídico garantista.
- Sandoval Fernández, Omar. (2014). De las uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial, *jurídicas CUC*, 10 (1)365-384.
- Sentencia C-098/1996 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-507/1999 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-268/2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-435/2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-808/2003 MP. Alfredo Bertrán Sierra.

Sentencia T-1096/2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-848/2005 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-856/2007 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-075/2007 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-811/2007 MP. Marcos Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-1241/2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-336/2008 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-798/2009 MP. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-911/2009 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-577/2011 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

Sentencia C-071/2015 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU- 214/2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

Zapata Bárbara (2013). Las voces de la homoparentalidad. www.revistas.unal.edu.co.

ANEXOS

Ley 54 de 1990

Ley 979 de 2005

Sentencia SU-214 del 28 abril del 2016